

論説 強行的法規の特別連結論 : ヴェングラーの公序論を中心として

著者	松井 志菜子
雑誌名	筑波法政
巻	25
ページ	223-248
発行年	1998-12-15
その他のタイトル	<Article> Eine Beobachtung uber Wenglers Theorien der Sonderanknupfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht
URL	http://hdl.handle.net/2241/00155930

強行的法規の特別連結論

——ヴェングラーの公序論を中心にして——

松 井 志菜子

序 説

一九世紀半ば、社会思想における個人主義や経済的な自由主義、実質私法上の契約自由の原則とあいまって、債権的契約関係の準拠法の決定について、多くの国で当事者自治の原則が認められた。実定国際私法（慣習国際私法、条理国際私法など法令になっていない国際私法もある）における準拠法の指定を契約当事者の任意の選択に委ねる（主観主義、意志主義）というものである。

しかし、工業産業の発達は、富の偏在、企業の集中を進め、経済的不平等を招き、個人間の契約自由においても、強者による弱者への圧迫を生み出した。そして国家が当事者間の契約の自由に対して、公の秩序の遵守を要求し、制限を加える

動きが出てきた。特に、労働契約関係や不動産の賃貸借契約関係等の法は、国家の統制的規制の下、一国の社会、経済、政治政策によって定められる公法的性格が強い強行的法規と考られ、当事者自治の原則は適用されないとする学説が出た。また法は社会生活を組織だてる体系であり、個人の自由を考慮しながらも、その自由な行使を規律できるとする学説が出るなど、当事者自治の原則の存立の可能性、正当性をめぐり立法、判例が対立した。

かねてより、契約に関する当事者自治の原則に対しては、客観主義やプロパー・ロウの思考からの、否定論や制限論（質的制限、法律の詐欺 (*la fraude a la loi*)、量的制限等）がある。当事者自治の原則により、当事者が選択、指定した法秩序や契約準拠法（広く債務準拠法まで含め）を排除し、涉外債権的契約関係を規制し、介入する公序ないしは強行的

性質の法規とは一体何であるのか。

ヴェングラ―の強行的法規の特別連結論は、実際の判例を分析し、諸国の判決の國際的調和、各国における判決の一致を理想とする思想、結果の具体的妥当性から導き出され、伝統的理論における準拠法所屬国の強行的法規や法廷地の公序条項のほか、第三国の強行的法規の適用を説くものである。実定法的にも、國際条約や各国の國際私法に採用されている。實際には、外國法の考慮は法廷地法の基準に従い決定されていることが多いとしても、契約關係と当該外國との密接な關連性や、外國法の内容や目的は、契約の効力を判断する上で必要な要素と考えられる。第三国の強行的法規の適用不適用の結果を斟酌することにより、当事者間の信義や衡平に反する結果が考慮されることになり、現實に対応する理論として評価できるといえよう。

第一節 公序理論の展開

裁判所は、法廷地の抵触規則により準拠法に指定された外國法、当事者自治の原則により選択された外國法を、法廷地の道徳的、社会的、善良の風俗（bona mores）、公序に反する場合に排除する。公序の概念は、時間的、場所的に、各国の政治的、經濟的、社会的、外交的姿勢の影響を受け変化す

る。以下、この理論の展開を概観しよう。

主導的古典學說としてサヴィニイは、法制度において絶対的で命令的な性格を持つ規則（強行的法規、*ius cogens*）を、行為能力を制限する法律や所有權移転に関する法律など個人の利益に基づく法律と、道徳的理由や公共利益に基づいた法規との二種に分類し、この強行的法規の適用による外國法の適用排除は、國際私法の原則に対する例外であるとし、イギリスやドイツに影響を与えた。マンチーニの學說によると、法は原則として屬人的であり、外國法の排除規則は法に屬地的管轄權を与える一連の國際私法の原則から生ずるとした。ピレは法をその目的が一般性にある屬地法か、不変性にある非屬地的（屬人的 *extraterritorial*）法と考え、公序に関する法（*lois d'ordre public*）は、屬地法の典型であり、社会的保証に関する法（*lois de garantie sociale*）であるとした。

各国を概観すると、フランスの裁判所は、公序（*ordre public*）を考慮する。例えば、非嫡出子の準正を本人の屬人法が認めなくても、法廷地法を適用して準正を認めたり、準拠法が所在地法（*lex situs*）でも、目的物の引渡がない場合には、法廷地法により動産抵当を認めない等である。イタリアの裁判所は、學說とは異なるが、フランスの裁判所が採用した広義の國際的公序（*ordine pubblico internazionale*）

の考え方を採る。⁽⁶⁾ ドイツ法は、外国法適用の排除は例外であるとするサヴィニイの考え方を採り、外国規定内容が善良の風俗に反する結果を生み出す場合と、外国規則内容自体は反しなくてもドイツが絶対的に守るべき強行的法規や法規則の目的に合致しない外国法とに分ける。⁽⁷⁾ フランスの公序概念で、ドイツの留保条項 (Vorbehaltsklausel) の概念とは、基本において合致している。イギリスは、大陸法系の公序 (order public) の概念を、公的政策 (public policy) と呼び、属地的性格を持ち、外国法適用排除の正当化に使うのは正しくないとする。外国法がイギリスの正義の原則と一致するか否かの判断は、公的政策であり、国家主権行為である。⁽⁸⁾ その外国法規は、当該外国で法として有効である場合に限り、その判断は、イギリスの裁判所が、その外国の法源すなわち法規、制定法、規範、法令、条理、判例、学説等から、また憲法や国際法、条約における法として、外国の法秩序の立場から行う。⁽⁹⁾ 契約を無効とする法廷地法 (lex fori) や、第三国法が契約準拠法である場合、裁判所はその契約の執行を拒絶する。⁽¹⁰⁾ 私法分野で、公序が活躍する領域 (例えば離婚、別居、親権、扶養、養子縁組) においては、イギリスの裁判所が、管轄権を有する場合には、法廷地法 (国内法) を適用することにより、大陸法系の公序概念の使用で到達した結果に迫り着くものとする。⁽¹¹⁾

注

- (1) MARTIN WOLFF: Private International Law, 2nd ed. 1950 no.158 p.168 (以下 'Wolff')
- (2) SAVIGNY: System des heutigen römischen Rechts VIII 1849
- (3) WOLFF: op.cit., no.160 p.169
- (4) Weiss: Traité de droit international privé, t.III 2e éd., p.101 et suiv.
- PILLET: Principes de droit international privé, no.108, p.250-251, no.182, p.368, 1903
- 折茂豊『国際私法の統一性』昭和三〇年 三五六頁—三三七頁
- (5) WOLFF: op.cit., no.160 p.170
- (6) WOLFF: loc.cit.
- (7) WOLFF: op.cit., no.161 p.170-171
- (8) WOLFF: op.cit., no.169 p.176
- In A.M.Luther v. James Sagor & Co., [1921] 3 K.B.532, 558, 559 (R.H. GRAVESON: Cases on the conflict of laws, 1949, p.637-643)
- DICEY'S Rule 79, 80, 84, 89 & 90, p.686-690, p.724-725, p.745-767, p.767-769: DICEY & MORRIS on The Conflict of Laws, II th. 1987, vol.2 p.681-686
- (9) • WOLFF: op.cit., no.162, no.163 & no.165 p.171-174, no.205 p.214
- NUSSEBAUM: Principles of Private International Law, 1934, p.258 ff.
- MAURY: Règles Générales des Conflits de Lois, Recdes

Cours 57, 1936, III p. 395 ff. Kegel: Internationales Privatrecht, 6 Aufl. 1987, S.318

これに対し、この様な広義な政治判断は外国憲法上の問題であり、その法規の属する国以外の裁判所が行うのは適さな
く (RABEL: BATIFFOL, EARENZWEIG 川又良也、池原季雄『国際私法(総論)』昭和四八年一二三頁—一二四頁註(二)(以下、総論)。

(10) WOLFF: op.cit., no.166, p.175

(11) WOLFF: op.cit., no.169 no.170 p.177-179, no.207-212 p.218-226

第二節 いわゆる代用法の適用

裁判所は、渉外的事案の解決を図る役割を負う。国際私法により準拠法として指定された外国法が排除された後は、いかなる法秩序により判断を下すのか。

①補充は法廷地法によるとする法廷地法説⁽¹⁾。立法例として一九七八年オーストリア国際私法六条、一九七九年ハンガリー国際私法七条、一九八二年トルコ国際私法五条、一九八四年ベルギー国際私法規定などがある。この法廷地法説への批判として、(a)外国法適用排除は内国法を適用し、公序条項により外国法の適用を排除するという国際私法の内部の問題

と、一国の公法的規制により国際私法上の準拠法が適用されない場合を区別していない⁽²⁾。(b)国際私法の基本的な命題である事案と準拠法の間の実体的牽連関係が尊重されていない。(c)法廷地の公序を護るため、国家的立場からみた公序と結び付けて公序条項を発動しているなどがある。

②公序条項は例外規則であり、排除されたのは外国法のある法規定であり、外国法秩序のすべてではない。従って、補充には、本来の準拠法である外国法が顧慮され、その法秩序の補充規定が適用されるべきであるとする効果法説⁽³⁾。補充は排除された外国法との継受法、近親法、近似法、当該事実関係と最も密接な関係を示す法が適用されるべきであるとする説もある⁽⁴⁾。渉外的事案に国際私法上、複数の国の法が累積的または択一的に適用される場合、外国法のひとつが排除されても、それに替わる法が当然に残る法廷地法ではない⁽⁵⁾。立法例として一九六六年ポルトガル民法典二二条第二項などがある。効果法説に対しては、準拠法と指定された外国法をその意味と精神において変質させる雑種の解決 (La solution salarée) である⁽⁶⁾。外国法を適用や解釈は当該外国裁判官の立場からなされるという考え方には無理があるとの批判がある。判例では、一九二二年一月九日ライヒ裁判所判決⁽⁷⁾、一九五八年一月二日西ドイツ連邦裁判所の判決がある⁽⁸⁾。前者は、債権関係の準拠法を時効消滅を認めないスイス法と

した渉外的事案であり、判決はスイス法と近親関係に立つドイツ民法を考慮して、係争債権は時効により消滅するとした。この判決について、ニボワイエは、本来の準拠法である外国法に對し加えられる毀損を最小限に留めたとする¹²⁾。後者は、ドイツ国籍女性のオーストリア国籍男性に對する婚約不履行による損害賠償請求事案である。非財産的損害賠償請求は、原則的には、被請求者の本国法であるが、類似規定のない場合、法廷地国のすべての国民が、多数国に關連する契約關係事案の当事者として、平等な処遇を望むドイツの根本的な法原則から、ドイツ民法施行法旧三十条（一九八六年現行規定六条（公序条項））により、本来のオーストリア法の適用を排除した。

③ 渉外的な法律關係において、法廷地國際私法の立場から、複数の法秩序に連結される場合に生じる矛盾や不調和を解決する適応問題¹³⁾により、不当な結果を避け、調整するドイツのケーゲル提唱の实体規範説。これは具體的事情に應じて、國際私法的、實質法的諸利益を衡量し適切な適応、調整の操作¹⁴⁾し、その解決の基準は、外國法への侵害を最小限にし、規範欠缺を既存の法体系によらず、法廷地の國際私法における实体規範を形成する實質法的規範を創るといふものである。实体規範に對しては、裁判所に對する解決基準の明示がない、訴訟当事者の予測可能性が持てない、法的安定性の保障

に應えていないとの批判がある。池原教授は公序の抵触について、「公序の性格の趣旨は内国を繞る渉外的私法生活における最低限の秩序を維持し、内国の社会生活秩序を守ること」に留まるべきである。問題は外國法の内容自体ではなくその適用結果である。本来の準拠法である外國法の適用を排除して与えられる解決・処理は、内国法秩序の要請によるものではあるが、法廷地法を本来の趣旨通りに適用して与えられるものではない」と述べられる¹⁵⁾。

④ 公序条項により排除された外國法を、当該事案の準拠法とした抵触法上の指定そのものを撤回し、改めて別の法を準拠法と指定し直すことにより、規範欠缺の発生を防止する補充的連結説。立法例として、法例二八条二項、ドイツ國際私法五条二項、オーストリア國際私法九条二項、ポルトガル民法三二条、イタリア民法二九条等がある。補充的連結説に對しては、当事者の合意により指定された債權準拠法の適用が排除された場合、契約との牽連關係が複数存在し、その密接度を比較する基準も明確ではないとの批判がある。その場合には、裁判所が個別的事案の具體的事情を考慮し、既存の法秩序のいずれかを適用し、準拠法を決定する¹⁶⁾。

⑤ 事案の解決に最も適切な法を適用し、当事者と關連する国の利益を実現する國際私法の基本理念、正義の観点から妥当でない結果を回避するために発動するのが『公序条項』で

あり、それを積極的に機能させる機能的公序論がある。この場合、安易に法廷地法の適用に傾かない方法論として、一、解決すべき争点を明確にし、国際私法により指定された準拠法所属国と事案に関連を有する国の法律の内容とその具体的な適用の結果を検討する。二、公序条項の発動を決定する要因は、外国法の立法目的を考慮し、その法目的から自国法を適用する正当で強い利益を有するかを検討する。三、事案に関連を有する当事者の利益や正当な期待をより適切に保護し、公正であるかを考慮するというものが考えられている。この機能的公序論に対しては、公序則を法選択理論として積極的に機能させる妥当性に検討の余地がある、公序の濫用であり、国際私法の一般原則を軽視し、国際私法の精神に反するとの批判がある。

注

- (一) NIBOYET: Cours de droit international privé français, 2e éd. 1949, p.497-498(2) LEBEROGES-PIGEONNIERE: Précis de droit international privé, 8e éd. 1962, par LUSOUARN p.462, BATTIOL/LAGARDE: Droit international privé, 7e éd. t.I 1981, p.420-421(2) dr.int.pr. 1981) LOUSSOUARN/BOUTEL: Droit international privé, 3e éd. 1988, p.410-411 (2) dr.int.pr. 1988) 江川英文『国際私法』改訂版昭和二十一年一一八
- (二) 頁(以下、『国私』フランス、日本、ドイツの学説・判例で多くの支持を得ている。
- (三) WILHELM WENGLER: The General Principles of Private International Law (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye 1961) t.104, 1961-III, p.440-441 (以下、WENGLER: 1961) ノイハウスも法廷地法説が公序の消極的機能と積極的機能を区分していない点を指摘する (NEUBAUS: Die Grund begriffe des Internationalen Privatrecht, 2 Aufl. 1976, S.392 折茂豊『国際私法研究』一九九二年(以下、『研究』)二〇九頁 註(四)
- (四) BATTIOL/LAGARDE: dr.int.pr. 1981 p.413
- (五) そもそも欠缺は生ぜず、排除後は当然法廷地法が適用されるとする規範欠缺否認論につながる。折茂『研究』二〇八頁—二〇九頁。
- (六) ・ドイツの学者により提唱された説で、スイスのニーデラーも支持する (NIEDERER: Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR, 3 Aufl. 1961, S.308-312)
- (七) ・RAAPE 初版の国際私法 (1938年) (後に法廷地法説になる) NIEDERER DOLLE NEUBAUS FERD FRANKENSTEIN LEWALD MEIJHOR FIRSCHING MAKAROV 等が効果法説である (折茂『研究』一八八頁—一九〇頁)
- (八) SCHWIND: Handbuch des Österreichischen Deutsches Internationales Privatrecht, 1975, S.89-90, RAAPE/STURM: Deutsches Internationales Privatrecht, 6 Aufl. Bd. I 1977, S.78 折茂『研究』一九四頁 註(一) 註(二) WENGLER: 1961, p.437

- (8) ポルトガル国際私法規定については山内惟介『ポルトガル民法典の国際私法規定』比較法雑誌十巻一号一九七六年七五頁を参照した。
- (9) BATFOL/LAGARDE: dr. int. pr. 1981, p.421 LOUSSAOUARN/Bourel: dr. int. pr. 1988, p.41 RAAPE/STRUM: Internationales Privatrecht, 6 Aufl. Bd.1. 1977, S.247, N.229 藤部定次郎『国際私法論』十卷大正三四年四三頁・江川・前掲一一頁、折茂『研究』二二〇頁一一一頁
- (11) Reichsgericht in Zivilsachen RGZ, Bd. 106, S.82 ff. Meichner: Die Grundlagen des deutschen IPR 1932, S.365-367
- (12) NIOYER: Manual de droit international privé, 2e éd. 1928, p.554
- (13) Adaptation, Angleichung, Anpassung, adjustment, coordination, adattamento
- (14) 山田録一『国際私法』一九九二年一四九頁一一五〇頁(以下『国私』)・池原『総論』一七〇頁 BATFOL: Reflexions sur la coordination des systemes nationaux, Recueil des Cours, t.1211967-II, p.165 RAAPE/STRUM:a.O.,S.257 CANSACCHI:Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois, Recueil de cours, t.831953, II p.81 NEUHAUS: a.a. O., S.248 EHRENZWEIG: Private International Law, 1967, p.173.
- (15) ケーゲルは一九三三年二月一九日ライヒ裁判所判決(前述)を引用している。Kegel: Internationales Privatrecht, 6 Aufl. 1987, S.219 折茂『研究』一九八頁一一〇二頁 山内惟介『わが国際私法における公序条項の適用について』比較法

- の課題と展望三〇周年記念論文集一九八二年五六頁
 - (16) 池原『総論』二五八頁、二六二頁、二六六頁
 - (17) NEUHAUS: a.a.O., S.391 SCHWING: Das Ersatzrecht bei einem Verstoß des ausländischen Rechts gegen den order public, RabelsZ (Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht), Bd.49, 1985, S.416
 - (18) 折茂『研究』二一九頁一二二頁
 - (19) 松岡博『国際私法における法選択規則構造論』昭和六二年二九二頁一二九三頁
 - (20) 山田『国私』一三七頁一一三八頁
 - (21) 溜池良夫『国際私法講義』一九九三年二四頁一二五頁
- 第三節 ウェンゲラーの公序理論⁽¹⁾
- 一、公序条項の特質と公序条項の発動の基準
- 公序条項の特質として平等性が考えられる。裁判所は、適用される法が法廷地法か外国法かによる不平等回避のため、公序条項に基づく考慮をする。⁽²⁾これは公序条項が平等条項と密接な関係にあることを意味する。しかし法廷地法の公序条項と外国法の公序条項とは内容が異なる。そこで公序条項の発動の条件は、外国法と法廷地法との牽連関係(Binnenbeziehung)⁽³⁾や、量的、質的な面での相違の量による。法廷

地と外国法の公序条項との間に大きな相違がある場合が量的な面の特性であり、事案と法廷地との間の充分に密接な牽連関係が質的な面の特性である。ケーゲルは、外国法を適用した結果が、ドイツの法秩序に耐えがたいのは、当該事案の内容である生活関係と、内国の社会との間の牽連関係（Inlandsbeziehung）を持つときに限るとする^③。この見解はドイツの多くの学説、わが国でも採用されている。法廷地法、外国法のいずれが準拠法とされても、同じ結論が導き出される場合、それらの規定が同一か、相違が相対的に重要ではなく係争中の問題とは関係がないため、公序条項は発動されない^④。池原教授は「抵触規則は私法の解決のために存在するから、実質的に法の抵触がなく、いずれの法域の法律を適用しても結果が異ならず、いずれかの法域の法律の選出に大きな困難のある場合、それらの法律の選択の必要性はなく、それらの法律に共通して認められる解決を与えればよい」とする^⑤。また外国法の適用排除は、法廷地の国民が当事者である場合（例えば属人法が本国法主義によるときは本国法）には、最終的には支持される^⑥。

公序条項の発動、すなわち外国法の排除の決定は裁判所の裁量に委ねられている。裁判所は先例や先例拘束力や制定法等を考慮に入れ、立法者の考えた合理的な基準に従い判断する^⑩。一九六八年三月一日のハンブルク・ヴァンゾベック裁

判所の決定は、子の監護養育権の父母間の移転は児童福祉に反し、ドイツの公序違反としてエジプト法を排除した^⑪。一九七三年六月二十八日のパリ控訴院の判決は、共に外国籍を有する夫婦間の離婚訴訟であり、本来の準拠法である外国法の適用を公序の援用により排除した^⑫。一九七七年一月八日のパリ破産院のアッスウ判決（Varret Assous）は、離婚訴訟の原告の一方が、フランス国籍であるにも係わらず、離婚制度を認めない準拠法である外国法の適用を、フランスの国際的公序に反しないとした^⑬。一九七八年七月一日のバリ控訴院の判決は国際的公序の介入を正当化するのは、訴訟当事者の資格ではなく、適用される外国法の内容であるとして、別居制度しか認めていない外国法を公序に反しないとした^⑭。

ラガルドは公序の介入に関し、身分法の領域では当事者の国籍が考慮されるべきであるが、財産法の領域や物権法、債権法の領域での国籍による区別は望ましくないとする^⑮。これに対し、正常な抵触規則の成立と、その規則に従って定められた準拠法の適用により生じた不適当な結果の修正という異次元の問題を、同一の平面で述べているとの批判がある^⑯。ヴェングラーはラガルドの意見を、同じ事項についての涉外的事案に対する外国法規と法廷地法規の法文自体の抽象的な比較をしなかつたため、公序条項の発動される場合と、法廷地における判決の一貫性が求められている場合とを混同している

と批判する⁽¹⁷⁾。

二、公序条項の直接適用

公序条項の準拠法への介入は、国際的な判決の統一性の原則に抵触する側面も持つが、それは公序条項を、国際私法における、他の一般原則より強力ならしめる、本質的な特徴であり、強行的法規たる所以でもある。

ヴェングラーによると、排除された外国法に替わる法は、法廷地法である必要性はない⁽¹⁸⁾。複数国にまたがる法律行為に関する契約と、充分に密接な牽連を持つ外国法が複数存在し、各国の制定法規がそれぞれ一定の場所的適用範囲を持つ。契約が有効であるためには、私法的法律関係 (Privatrechtsgehalt) に緊密な牽連を持つ複数の法秩序、すべての国の強行的法規を満足させなければ有効ではないとして強行的法規の累積的 (kumulative) な適用を説いている⁽¹⁹⁾。ハウデクによると、債権契約の成立および効力は、できる限り単一の法により規律されるべきであるが、契約の成立に関しては、異なる諸国の法の重複的適用が必要となる場合がある。また債務準拠法の如何を問わず、一定の種類の規定への連結の必要が顧慮される場合がある。特定の法律問題に対し、効果法 (lex causae) の適用が確定すれば、その裁決の基準は債権準拠法である⁽²⁰⁾。ラーベとシュトゥルムは、外

国法をできる限り尊重するのは原則であるが、極めて異様な結果を生じる場合には、法廷地法を適用する方が、法的平等性と法的安定性⁽²¹⁾とに貢献するとする。クロイツェルも判決の予測可能性への配慮の必要性を指摘する⁽²²⁾。

法廷地法説をとるニボワイエは、公序は属地性 (la territorialité) が原則であり、公序という例外の技術的構成は、外国法が準拠法となる場合のみである。準拠法である外国法が、公序の例外により適用排除されたときには、原則として、属地法の適用、法廷地法が適用されるとする。法廷地法は外国法が許容することを禁止するため、当事者は法廷地法に違反する問題の行為をなすことはできない⁽²³⁾。法廷地法説 (通説) においては、立法者は、ドイツ民法施行法に見られる様な『特別留保条項 (spezialisierte Vorbehaltsklausel)』に、法廷地法の適正な規定の適用を正当化する方向性を持つているとする。憲法がある種の法規定の制定を禁じている場合、外国法規の強制的執行は、公序条項による排除も考えられるが、法廷地と充分な牽連関係がない場合には、外国法適用の余地が残されている。立法者は、外国法規の適用範囲を、憲法に基づき自由に決められないが、例えば、法廷地の憲法が夫婦財産に関して配偶者の平等の尊重を規定している場合、配偶者の平等を尊重しない外国私法規定の適用、その外国法に配分するような配分自体が憲法違反

であるとする。立法者が法廷地法適用のため牽連関係を示す場合、公序条項による外国法適用排除の必要性はないが、法廷地法と抵触規則により適用される外国法とが重複する場合に排除されるのは外国法の方であろう。

アメリカにおいては、国際私法の原則は、公共の利益のために締結された多数国に関連する事案に適用され、国の政策（policy）に影響を及ぼす。裁判所は法廷地法の適用に際し、法廷地の政策ばかりでなく、契約準拠法の適用に際し、他の国（州）の政策（policies of other states）も考えなければならぬ。異なる政府間の利益衝突の事案がある場合、裁判所は必ずしも法廷地の政策を選ぶのではなく、正当、寛大な考慮がなされるべきである⁽²⁾と考えられている。

例えば、輸出国の象牙売買取引禁止法が法廷地法で認められ、象牙の輸出入や売買取引を禁止をしている場合、象牙売買取引禁止法は外国公法であっても適用される。外国が公の利益のため制定した法律規定の適用は、涉外的事案では、私法的法律関係に影響を与える。それは外国立法府により、外国の公的利益実現のために制定された法規が、直接的に、法廷地の利益に反する、法廷地の公的利益実現の場合である⁽³⁾。西ドイツの一九五九年十二月一七日のドイツ連邦裁判所（Bundesgerichtshof）判決は、西側諸国の政策に直接的に反するという理由で東ドイツの経済的な法律の適用を拒絶し

たものである。これは、東ドイツ内部の支払関係を規制し、監督官庁の許可を要するとする一九五〇年十二月一五日は、経済政策的な公法的規範に属する法と考えられ、その内容、目的は、ソビエト経済圏の通貨および経済の保護と、経済政策的な目的設定の促進を追求するものである。この法律は、公的抵触法に内在する属地主義の原則から、その効力は制定法の国境の範囲内に限られ、この事案の金銭消費貸借契約に対しては、外国公法不適用の原則が適用されなければならないとされた。この種の公法は、原則的に、属地的な効力にも係わらず、一定の要件の下では、内国的私法関係に対し、影響を及ぼすことがあるが、公法的処分制限が、国家の経済政策的な目的の実現にある場合には、法的状況は別個に判断され、規制の対象である私的債権関係とは内面的関係も持たない。また、この種の事案における属地主義の原則の適用には、国際法上の協定への加盟国に対して限界が定められうる（一九四四年ブレトン・ウッズ協定）が、ソビエト経済圏は、加盟していないので制限は生じない。従って、債権譲渡の効力はこの法により損なわれることはない⁽⁴⁾とされた。

注

(1) WENGLER : 1961, p.431-432

(2) WENGLER : op.cit.

- (3) WENGLER : 1961, p.436 note 11
- (4) LAGARDE : Revue critique de droit international privé, t.69, 1980, p.89-90 (以下、Rev.1980)
- (5) KEGEL : Internationales Privatrecht, 6 Aufl. 1987, § 16 VI.2. S.330
- (6) LAGARDE : Recherches sur l'ordre public en droit international privé 1959, p.55 en suiv.(以下、Recherches 1959) 池原『総論』二二五八頁—二六〇頁
- (7) WOLFF : op.cit., p.212, no.202
- (8) 池原『総論』二二二九頁
- (9) WENGLER : 1961 p.433-434 折茂『研究』一九〇頁—一九二頁
- (10) WENGLER : op.cit. 折茂『研究』一九〇頁—一九二頁
- (11) SCHWUNG : Das Ersatzrecht bei einem Verssoss des aus ländischen Rechts gegen den ordre public RABEL : Zeitschrift für aus ländisches und internationales Privatrecht, Bd.49/1985, S.412 (以下、Rabelsz 1985)
- (12) Rev.crit., t.63, 1974, p.502
- (13) Rev.crit., t.68/1979, p.395, et suiv. Journal du Droit International, t.105, 1978 p.587 et suiv. (以下、Clunet)
- (14) Clunet 1979 p.601 et suiv.
- (15) LAGARDE : Rev.1980, p.89-90, LAGARDE : Recherches 1959, p.118 ff.
- (16) 折茂『研究』二一九頁—二二二頁
- (17) WENGLER : 1961, p.433, note 4, note 5
- (18) WENGLER : 1961, p.436-437
- (19) • WENGLER : Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts

強行的法規の特別連結論 (松井)

- im internationalen Privatrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd.54, 1941, S.189-192 (以下、WENGLER : 1941 と称す)。ヴェンングラーの著書については、一九四一年に発表した「國際私法における強行的債務法の連結」に関する、桑田三郎『國際私法における強行的債務法の連結問題』法学新報 五九卷第一二号 昭和二十七年一〇二四頁以下を参照した。
- 佐藤やよひ「ヴェンングラーの『強行法規の特別理論』の理論構造」(以下、「構造」と称す) 國際法外雜誌 九七巻 三号 四三頁—七五頁
 - 折茂『当事者』一九九頁—二〇三頁 註(一) — (五)
 - WENGLER : 1961 p.438, note 1, WOLFF : op.cit., no.175, p.182-183 外国法が一般規定(本則 general regulation)と例外規定(exceptional)を規定する場合、例外規定の排除後は法の一般規定が適用される。
 - WENGLER : 1961 p.442, note 19 公序条項は抵触規則により適用される外国法を排除する一般条項(公序の消極的效果 : effet négatif)であって、法廷地法の絶対的な適用(公序の積極的效果 : effet positif)を要求しない。多数国に関連する事案に係わる規則が法廷地法における公共の利益や規則の目的を実現するための法廷地法を適用する場合、公序条項の援用により外国法の適用が排除され法廷地法が適用される場合とは別である。事案に対し本来適用されるべき外国法と法廷地法との内容の相違が大きく、法廷地法との牽連関係が外国法のそれよりもずっと強い場合、公序条項が基本的には否定的な配分規則として作用する。

- NIOYET: Traité de droit international privé, Tome III, 1944, p.543 et seq. 訳 NIOYET 三卷270以下註 Wolff: Private International Law, 2nd ed. 1950, no.175, p.183 なる引用した。ニボワイエは公序 (ordre public) の強度 (intensité) について、公的政策 (public policy) に反する権利を、創造するばかりではなく、仮に外国において、権利が有効に成立している場合、反するものは、権利の成立にすぎず、効力は公的政策に反するものではない。成立の効果と軽減された効力とは異なるとする。LOUSOUJAN/Bourel: dr.int.pr. p.414 ルスアルスとブーレルも公序の軽減された効力 (l'effet atténué) に関して、フランスにおいて、権利を創造する場合と、外国において取得された権利の効果を、フランスにおいて認める場合とについて、区別して論ずるべきであるとする。外国法の適用により生じた侵害は、成立においては重大であり、従って、考慮されるべき公序の強度における相違 (la différence d'intensité) が見いだされるとする。MAYER: dr.int.pr. 1977, p.165 et suiv. マイエルも、公序の援用に、事実関係と法廷地間の緊密な牽連度に留意し、法律関係の成立や効力が外国か内国かを考慮する。池原教授は、国際私法上の公序は相対的であり、公序条項は、本来の準拠法を、例外的に排除するための消極的な基礎である（池原『総論』二六四頁）とする。
- (20) HAUPT: Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht 1931, S.23-28 折茂『当事者』二二八頁—二二九頁 註 (1)
- (21) RAAPE/SURM: Internationales Privatrecht, Bd.I, 6 Aufl., 1977, S.219-220
- (22) KREUSER: RabelsZ Bd.431, 1979, S.581
- (23) NIOYET: Cours de droit international privé français, 2e éd. 1949, p.497
- (24) WENGLER: 1961, p.439 note 161, p.441 note 18
- (25) WENGLER: 1961, p.442 note 1
- (26) • WENGLER: 1961 Neue juristische Wochenschrift, Bd.14, 1960, S.1101-1103 (この判言は、折茂『当事者』四一〇頁—四一一頁註(七)を参照した)
- ZWIEGERT: Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Bd.14, 1942, S.295, S.289-290
- WENGLER: 1961, S.442, note 19 sq.

第四節 強行的法規の特別連結論 (Sonderanknüpfungstheorie)

——(ヴェングラーの学説)——

一、判例からみて

渉外的債権契約関係において、当事者が選択指定した法秩序（当事者自治の原則）における強行的法規が適用されるのは、その外国法が債務準拠法である場合が原則である。しか

し、実際の判例では、契約準拠法が法規としては適用されながら、債務準拠法や法廷地法ではない法秩序、第三国の強行的法規が適用される場合がある。例えば、(1)密輸契約のように、第三国の立法目的や国内公序に反することが、契約の履行に不可欠の場合は、第三国の強行的法規により契約無効となり、(2)第三国法において、契約の履行が、罰則規定により、刑罰の制裁が科せられ禁止されている場合、ある国での法律上、債務履行不能に関する規定の法律要件の充足如何の判断に、第三国の強行的法規を考慮し適用したのと同じ結果となる場合である。特別連結論を論じる主な対象は、契約の締結や履行行為に、国家的な利益（公共的利益）に係わる事項が多く、その政策的利益考慮に基づく官庁の許可が要求され、契約の有効な成立を妨げる法規であると言われている。⁽⁴⁾わが国の学説上、特別連結論は認められている。⁽⁴⁾この法廷地でも契約準拠法でもない第三国の強行的法規の適用については、法廷地国と第三国との政治的、経済的、社会的、外交的な諸関係が影響を及ぼす。⁽⁵⁾

二、判決の国際的調和

法廷地法の強行的法規が、法廷地に属する強行的法規という理由で適用され、外国法上の強行的法規が、契約準拠法に属する強行的法規という理由で適用されるのでは、諸国の裁

判所の判決が一致せず、判決の国際的不調和をもたらす原因となる。その解決方法として、①強行的法規を適用するという原則を、債務準拠法の外国法上の強行的法規に對してのみではなく、法廷地法上の強行的法規に對しても認める、②債務準拠法如何に係わらず、強行的法規の適用範囲を、法廷地法だけではなく外国法に對しても、特別に決定する原則を認める。⁽⁶⁾という考え方があり、ヴェングラーは②を採用する。

方式、行為能力、意思表示における、瑕疵等に関する債務の有効な発生のための要件は、ときには債務履行に関する問題さえも、法律行為の本質的要件に属すると考え、一般的に切り離して特別に連結し、外国の強行的法規の適用意思は考慮しない。行為能力に関しては、特別に連結された強行的法規に對し、法廷地の公序による制限はあるが、公序が必ずしも外国法の強行的法規を排除するのではない。公序は、当該法律行為と外国との牽連関係だけではなく、法廷地との牽連関係をも考慮し、場所的な範囲の制限として機能する。⁽⁷⁾

三、複数の法秩序の累積的充足

しかし、債務の内容については、法律行為の本質的要件に属するものとは考えられず、法律行為の連結も弾力的に構成され、外国の強行的法規の適用意思が考慮される。その結果、各外国法の強行的法規の固有の場所的な妥当範囲が守られ、

複数の法秩序は、それらが当該法律行為に密接な関係を持つ場合には、累積的に適用されう⁽⁸⁾る。

ヴェングラーは、強行的債務法を特に債務法(Schuldrecht)と呼び、私法秩序の一環として捉える。従来の意味における当事者自治の原則と、強行的債務法の特別連結とが、同時に並び、同一の渉外的債権契約関係について、それを規律する私法秩序が二つ以上見いだされることになる⁽⁹⁾。

しかし、規律する私法秩序が複数見いだされ、私的秩序が同時に二つ以上存在し、契約の内容がすべての法規によつて有効でなければならないとすると、渉外的生活関係の法的安定性、円滑性が保たれないとの批判がある⁽¹⁰⁾。従来の一般的な見解は、渉外的生活関係とその私法秩序が、両者の牽連関係の密度を基準として定められるのであり、その私法秩序あるいは私法秩序の属する国家自身が、その独自の立場から、当該生活関係に対する規律を、要求しているか否かによつて、定められるものではないからである⁽¹¹⁾。

このヴェングラーの強行的債務法の累積的適用に対して、各国の強行的法規の持つ政策目的の組織的、体系的実現という要求が、判決調和のために犠牲にされているとの批判がある⁽¹²⁾。

また渉外的事案の債務関係に対する強行的法規の効果に関し、個別、別個に密接な牽連関係を検討し、個々に牽連関係

が具体化されたとしても、渉外的私法関係と関連を持つ複数の別の私法秩序の中で、密接な牽連関係と衝突することはあり得ることであり、累積的に満足させる債務準拠法を見いだすことは困難であり、かつ具体性に欠ける理論ではないか。仮にヴェングラーの学説が、従来の当事者自治の原則を認めると同時に、強行的債務法の特別連結を認め、かつ強行的債務法を私法的性質の法として捉え、その適用も私法秩序の一環として認めるのであれば、国際私法の基本的意義の理解において、一般的見解とは異なった別個の考え方に立脚していると考えざるをえないであらう⁽¹³⁾。

債権的契約関係を強行的に規制する法は、各国でその規制方法が様々であり、また立法過程や経済的、政治的事情、社会的背景、民族的風土、歴史的品格を異にした、異種類の強行的法規が、それぞれの場所的適用範囲において別々に作用している。そのような個別的に異なる強行的法規の種類についての説明がヴェングラーにおいてはなされていない⁽¹⁴⁾。

従来、原則として、能力、方式、契約の実質的内容等の問題については、単一の私法秩序による規律を認めるべきであるが、現実の実定国際私法においては、同一の事項が、同時にひとつ以上の私法秩序により規律されている例が見られる。これは当事者による準拠法の選択、指定の自由は認め、默示意思の推定に関する場合に限り、当事者の意思も、契約

の当事者との人的關係を持つ国籍、住所、居所、或いは、物的關係のある契約締結地、契約履行地、不法行為地、目的物所在地、財産所在地等の当該涉外的事案の契約關係における諸要素のひとつとして考えるからである。¹⁵⁾

そして累積的に適用される法のひとつが法廷地法であり、しかも適用の実質的根拠として、法律行為に関する法に、強度な実定的性格を求める累積的適用は、留保条項による準拠法である外国法の適用制限と類似している。この適用制限は、外国法が涉外的事案の単一の準拠法として、原則的に定められ、外国法の適用が、例外的に、法廷地の公序を基準として制限される場合である。この点に関し、法律行為の成立要件について認められる準拠法の累積的な適用は、実質的にみると真の累積的適用か否かは疑わしいとの批判もある。¹⁶⁾

四、契約關係と外国の強行的法規との牽連關係の不明確性

ヴェングラーによると、債務準拠法は債務關係を支配する法秩序ではなく、むしろ債務關係の法律に関する諸問題のうち、既に或る特別 (Special) の連結に基き、別の特定の法秩序に服している問題以外のすべての問題を解決する法秩序である。従って、法律行為の内容に関する諸問題も又、切り離して特別に連結されるべきであるとする。例えば、法廷地

の金約款禁止の規定が、涉外的事案に介入しないことから、法廷地の債務者が大損害を被る場合には、法廷地は公序に反するとして、外国の強行的法規を適用することがありうる。

公序は特別に連結された強行的法規の適用という方法により、債務關係を修正する。そして具体的な事案における、結果の妥当性を重視する、強行的法規の特別連結論における法的処理には、裁判官の裁量的判断が求められている。¹⁸⁾ 一般的には、公序条項は法律規定ではあるが、政治的な考慮に左右されることが多く、裁判所が公序条項の適用を判断すべきか否かが問われている。¹⁹⁾

国際私法の基本的な役割は、涉外的事案と関連を持つ複数の私法秩序の中から、最も密接な關係を持つ法秩序を選択し、当該事案を規律させることにある。²⁰⁾ そして債務關係の内容に関する外国の強行的法規は、債務準拠法であるか否かに係わらず、次の場合に適用される。①外国法上の強行的法規がみずからその適用を欲するとき。②外国法が債務關係と十分に密接な關係 (eine genügend enge Beziehung) を持つとき。この牽連關係は個別の強行的法規毎に、かつ法廷地の抵触規則により特別に定められる。外国の強行的法規の適用は、ある外国が与えられた法律關係を、その強行的法規によって規律すべき国際的管轄権を有するときのみ認められる。²¹⁾ ③法廷地の公序が、原則的にその外国法を排除しないとき。²²⁾ この③

の条件については、外国法の解釈に法廷地の価値基準が使用され、法廷地の公序を考慮する根拠が不明確であるとの批判もある。²³

国内公序違反が問題となる渉外的事案においては、契約準拠法と法廷地法が一致するか、あるいは、契約準拠法如何に係わらず、法廷地の国内公序に関する規定が使われている。

ヴェングラーは、この法廷地の国内公序に関する規定の適用を、契約準拠法上の規定の適用として説明する。²⁴これは国内公序規定に対し、すべての学説が契約準拠法上の規定としての資格を与えている訳ではないからである。また第三国の強行的法規に関しては、その適用条件として、法廷地にその様な条項がなく、適用の結果が、法廷地の明白にして確実な公益を助長する場合には、法廷地の公序条項とは別個の一般条項の適用によつて認めている。²⁵債務準拠法所屬国の強行的法規を債務準拠法とともに適用すること、あるいは債務準拠法如何を問わず、法廷地の強行的法規を適用することは、学説、判例上認められている。そしてまた債務準拠法所屬国、法廷地のいずれでもない第三国の介入規範の適用を肯定するのが特別連結論であり、否定するのが債務準拠法理論（Schuldstatustheorie）である。²⁶

さて渉外的な法律関係に関して、法廷地において適用される外国法は私法に限られることを、外国公法不適用の原則と

する考え方と公法の属地性の原則とする考え方とがある。²⁷この場合、一般的に公法上の規定であつても、専ら個人の保護、当事者間の利益調整を目的とする外国法規である限り、法廷地での私法的法律関係に対しては、当該法規の適用は認められるべきであるとする学説もある。²⁸公法的性格という理由で、外国の強行的法規の適用を排除するのでは、当事者が意図的に法や法廷地を選択し、各国の立法政策を免れ、各国の裁判所の判決の不一致を招くことにもなるからである。諸国では、外国為替法（Devisenrecht）、公用収用法（Einkunftsrecht）、通貨法（Währungsrecht）、労働法（Arbeitsrecht）などの経済政策的、社会政策的な諸立法により、一定の契約から生じる私法上の効果を、強行的に排除、制限し、当事者間の私的な権利関係に介入している例が見られる。強行的法規の特別連結論を採用する立法例は、一九八七年二月一八日スイス国際私法一九条（外国法の強行的法規の考慮）、一九八〇年六月一九日にローマにおいて署名されたヨーロッパ共同体の契約債務関係のための準拠法条約（Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles（以下、ローマ条約））などがある。このローマ条約は、当事者自治の原則（三条）に始まり、消費者契約（五条）、雇傭契約（六条）、第三国強行的法規（七条）、法廷地公序（一六条）などが規定され、特に七条が第三国の強行的法規の裁量的適用を

定め注目される。但し、七条第一項は解釈上疑問の残る規定であり、二二条で留保が認められている。²⁹⁾

五、強行的法規の適用範囲

(一) 法廷地の強行的法規の適用範囲

法廷地法の強行的債権法 (zwingendes Obligationrecht) の具体的な適用範囲は、裁判官がその規定の意味、目的に基づき解釈を通じて定める。法廷地の強行的法規は、法廷地法が債務準拠法否かに係わりなく、原則的に債務関係に関する³¹⁾。外国法上、違法とされる行為を目的とする契約は、国内公序良俗違反の契約として無効である。当事者が官庁の許可の必要性を知らなかったり、許可の得られることを確信していた場合には、契約の有効性を否定しえない³²⁾。許可取得が停止条件の場合、許可のない契約に効力は発生しないし、締結時に履行行為に対して許可の可能性が全く無い場合には原始的不能となる。許可の必要性、取得可能性を知りうる立場にある当事者(通常、官庁所属国の居住者)には、信義則上、相手方(非居住者)にこれを知らせる義務が課せられる³³⁾。この様な場合の当事者の権利義務関係を決めるのは契約自体である。しかし、外国法の目的が、当該国の経済政策の実現にある場合には、内国の良俗に反しないとの考え方もある。例えば、コカインの輸入制限に関するインドの規定が、公衆衛

生という経済政策的考慮から設立された場合は、ドイツ民法の良俗に反しない。契約の自由よりも、倫理的に重要な法の利益が問題となる法規に違反しない限り、良俗違反にはならない。

各国の判例上、適用される国内公序に関する規定は、法廷地の強行的法規がほとんどであると言われる³⁴⁾。イギリスでは、契約準拠法が外国法である場合、第三国の強行的法規に違反することを目的とする契約を無効とするイングランド法の適用の可能性が認められる³⁵⁾。また外国法の内容が法廷地からみて不当である場合、外国法の適用の結果が、公序良俗違反か否かの問題として考えることもできる。例えば、外国の資本輸出禁止違反であっても、亡命者がその生活資金の一部を持ち出す行為自体の不当性は、否定されることもあり得る³⁶⁾。この点に関しては、外国法の介入の場所的限界は、抵触規則上考慮されるべき問題であるとの批判もある³⁷⁾。

(二) 外国法の強行的法規の適用範囲

ウェングラールは判例上、良俗違反 (Unstlichkeit) と、履行不能 (Unmöglichkeit) が認められるのは、債務関係の内容に関する外国の強行的法規は、債務準拠法であるか否かに係わらず、前記四に述べた条件、すなわち、①みずから適用を欲する、②債務関係と充分密接関係、③法廷地の公序が

排除しない場合の三つが揃っている場合に限ると指摘する。³⁸⁾
 そして第三国の違法行為を内容とする契約の効力を、契約準拠法を通じて否定するという結果は、第三国の強行的法規を適用することにより得られる。又、第三国の禁止規定により、履行行為が事実上、不可能と言う理由で履行不能を導くのではなく、第三国の強行的法規を適用することにより、その違法性を直接の理由として、履行不能を導くことができる。³⁹⁾

更に法廷地法上の強行的法規、外国法上の強行的法規の適用に付け加え、場合によっては当事者がその適用を明示的に欲し、かつ合意した強行的法規を適用することができるとする。例えば、当事者は契約に対し、金約款の有効性に関するA国法の将来の規定のすべてが、たとえみずから当該契約への適用を欲しなくても、またA国法が契約と密接な牽連関係を示さなくても、A国法を適用することを合意できるとする。債務準拠法は当事者により選択できるが、当事者自治は前述の諸原則に従い、債務準拠法如何に係わらずに考慮される強行的法規の適用を妨害することはできない。当事者が債務準拠法以外の強行的法規の適用を欲するとき、法廷地の公序の枠内において適用することができる。⁴⁰⁾

六、当事者自治の原則の位置づけ

つまりヴェングラは、強行的法規の適用可能性が、債務準拠法と無関係に定まり、かつ当事者による、債務準拠法の合理的な理由に基づく選択、指定は自由であると考える。そして当事者が債務準拠法として、特定の国の法を選択、指定するのは通常、その法の内容が、当事者にとって都合が良いからであると述べる。例えば、リヒテンシュタイン法は、信託法を法典化している唯一の大陸法秩序である。それ故に、リヒテンシュタインとは関連を持たない当面の法律行為であっても、当事者間で容易にその権利義務を知るため、その適用に合意することは合理的である。⁴¹⁾ またガミルシエクは、労働契約について、労働契約準拠法としての外国法と、労働給付地における規制的な労働立法との関係につき、労働関係について、当事者によって選択された法と、労働給付地の公法的な労働立法との二元的構成から、公法の属地性の理論による労働給付地法の介入を主張し、公序条項の援用を必要としないとする。⁴²⁾ これに対し、労働契約に関しては、敢えて公法的構成を採るまでもなく、強行的債務法の資格においての労働給付地における労働規制立法の適用を構成すれば足りる、とする説もある。⁴³⁾

債権契約を規律する強行的法規には、私法的性質のものと公法的性質のものがある。国際私法上の契約準拠法である法秩序に属し、裁判官によってその法秩序から援用されうるの

は、私法的性質の強行的法規である。⁽⁴⁶⁾ ウェングラーの強行的債務法の特別連結の構成は、当事者自治の原則を認めながら、当該法律関係と充分に密接な関係 (eine genügend enge Beziehung) にある外国法秩序上の強行的法規は、準拠法如何に係わらず、特別な連結を通じて、法廷地において考慮しようとするものである。従つて当事者自治の原則に対する外在的な制限のための理論である。債権的契約関係を規制する強行的性質の立法の多い現在において注目すべき構成といえる。⁽⁴⁷⁾ しかし、適用はひとつの債権的契約関係が、すべての点で単一の私法秩序の規律を受けるとは限らず、例えば、当事者の能力の問題や、契約締結の方式の問題などは、必ずしも債務準拠法に服せず、独自の準拠法を持ちうる点で、任意法と強行的法規とを含めて、特定の私法秩序を選択、指定することを認める、従来の当事者自治の原則が認められていないのではないかと考えられ、当事者自治の原則の意義に関する位置づけが明確でないといえよう。

七、強行的債務法の重複的適用

それでは契約準拠法が外国法の場合で、第三国の公法的法規に反する行為において、契約準拠法の国内公序違反を含む程度に、密接な政治的、経済的、外交的關係が存在するか。例えば、第三国にとって戦略上重要な物資の取引につき、

第三国の禁輸措置が採られている場合に、当該国当局を欺いても、輸出許可を取得することが、契約の不可欠の内容であり、この契約の有効性が、契約準拠法である外国法上問題となつた場合、単に当該国の利益ばかりではなく、政治、経済的に、同一圏内の国々、ひいては契約準拠法所属国の利益でもあるとの判断を、裁判官に対して、どこまで求められるか。⁽⁴⁸⁾ 事後的履行不能については、禁止法規が國際的公序に反するとしても、問題となつてゐる履行行為を、第三国で可罰的と評価される事実まで否定されてゐるわけではない、とする考え方もある。⁽⁴⁹⁾ 事後的履行不能という構成に対する批判として、第三国による実効的介入が認められてゐる場合、法規の違反や履行の前に第三国の禁止法規を適用し、契約準拠法上、法律的な履行不能の原因として評価して私法的效果を実現すべきではないか。⁽⁵⁰⁾ ここでいう外国法の強行的法規とは、例えば、財貨移動行為を禁止する法規や、財貨移動の原因となる行為そのものを規制するものであり、それ自体は、直接私法的権利義務を規律しない。無効という法律效果を定めるのは、当該法規の違反を法律要件とする別の法規である。特別連結論は、第三国の強行的法規を、禁止法規と結合して、適用するものと理解される。⁽⁵¹⁾ しかし、第三国の強行的法規を適用して、契約の無効という効果を定めることは、契約準拠法の単一の原則を維持する観点からも、禁止法規それ自体の連結が

望ましいという批判もある。⁽⁵⁰⁾それは契約準拠法以外の法秩序が、当事者の権利義務関係を規律することになるからである。確かに、経済的弱者保護に関する規定のように、公法的法規のなかには、その私法的効果を認めない限り、特別な連結が無意味となる法規も存在する。ヴェングラーによると、純国内的な事案においては、契約締結後に禁止法規が制定されても、履行地を外国に変更することは一般的には許されていないが、国際契約において、履行地の変更を排斥すべき理由は必ずしもない。⁽⁵¹⁾それ故、第三国の強行的法規を適用した結果を考慮した、特別な連結が認められるならば、契約準拠法の枠内で、第三国の強行的法規の適用を考慮することは、意味がないとはいえない。⁽⁵²⁾

八、ヴェングラーの学説に対する批判

判決調和の理念に基づくヴェングラーの理論は、国際的判決調和の目標を達成するため、適用意思(Anwendungswille)を持つ外国の強行的法規を、それが債務準拠法であるか否かに係わらず、自国と一定の牽連を持った渉外的債権契約関係に適用する必要があるとする。⁽⁵³⁾判決の調和は、当事者の利益に奉仕するのであるから、例えば為替管理法規に関し、為替管理法制定国の国家利益を目指す公法的な干渉については考慮されない。国際取引の無効原因の増大を招く様な判決の

調和は、国際私法の目的に反するからである。当事者の衡平を考慮する私法的な強行規定と、国家利益を目指す公法的干渉とは区別すべきであろう。⁽⁵⁴⁾

またヴェングラーの理論は、その外国の強行的法規の適用根拠を、国際的司法共助(internationale Rechtshilfe)の思想に求める。そして各国が外国に与える司法共助からも、外国法の適用意思の範囲内においては、できる限り外国の強行的法規を実施することに努めるべきであるとする。⁽⁵⁵⁾渉外的債権契約関係は、同時に複数の国の強行的債務法や、法秩序の累積的充足があり得ることになる。かくして渉外的債権契約関係において、当事者により選択、指定された債務準拠法は、契約関係と一定の牽連を持つ諸国の強行的債務法に抵触しない場合に限り適用される。この考え方は当事者自治の質的制限論と相通ずる一面を持つている。⁽⁵⁶⁾

一国の強行的法規の場所的適用範囲の決定は、渉外的事案に対する一国の裁判管轄権の決定と等しく、国家によってなされる。各国家は、ある外国が国際的管轄権を持つと認めるときに、その外国裁判所判決を内国において承認し、その強行的法規を内国において適用するのである。これは国際的管轄権が、同一の法律問題の裁判につき、債権者の住所地国の裁判所に対しても、また契約の履行地国のそれに対しても等しく認められる様に、強行的債務法による渉外的契約関係の

規制もまた、多数の国の法秩序に對し、累積的に (cumulatively)、その管轄權を認められうることになる。⁵⁷⁾

ヴェングラーの學說への批判として、(a) 契約關係と外國の強行的法規との牽連關係の基準が、曖昧で明確性に欠ける点が指摘され、(b) 國內公序違反により、契約が無効とされた涉外的事案や、外國法規違反を内容とする契約について、この條件が充足されているか否かは疑問が残り、(c) 契約の有効性を否定する方法により、第三國法の介入に法的承認を与えることが、妥当か否か問題であるとするものがある。また裁判所あるいは裁判官が、係争の契約關係と牽連を持つすべての法秩序の強行的法規を調査し、それらと契約關係との牽連が充分に密接な關係にあるか否かの審査も必要である。そしてこれは當事者自治の原則が、準拠法の決定を容易にするといわれた利点とは反對に、法廷地の裁判所や、裁判官の負担をふやすことになる。⁵⁸⁾ ガミルシエツクは、國際的判決調和を、當事者の一方の法廷地の選択により、他方が不利益を被らないような當事者間の利益調整を目的とし、外國の強行的法規の適用への考慮は、國際禮讓として義務付けられるものではないが、考慮しなくてもいいということでもなく、一律の基準により決めるものではなく、個々に勘案されるべきものであるとする。⁵⁹⁾

いずれの國のいずれの裁判所に訴が提起されても、又、當

當事者自治の原則により、當事者が自由に選択・指定した契約準拠法がいずれの法であるかに拘わらず、その涉外的事案に對する強行的法規の制限が同じであり、究極的に同じ結論が導き出されるとするならば、それは涉外的事案に對する理想の姿であると言えるであらう。しかし、それが現実に可能であるか否かは疑問である。又、裁判官の判断や微妙な解釈の相違により、或いは諸國の異なる法制度や法秩序の違いを考えると、必ずしも同次元に立った判断がなされるとは思えない。強行的法規の定義が不明確で曖昧であり、その性格も深く追究されていない。その強行的法規を、仮に公序条項と想定すると、いわゆる人類に共通の普遍的公序の様なものを指すとは考えがたく、あくまでも各諸國、或いは一定の場所（立場）がその強行的法規の立法時に、その適用範囲と考えていた場所的範囲にのみ、通用するものとして創設されたと考えられ、ある涉外的事案に對して、適用を主張する強行的法規が、いかなる資格により介入してくるのかを考えると、ヴェングラーの強行的法規の特別連結論は、曖昧な点が残る。つまり、いかなる場合であつても、係争の涉外的事案と密接な關係があれば、適用される強行的法規は、諸國家の異なる法秩序、法体系、法制度のもとで創設されているものであつて、當事者自治の原則を破つてまでも介入するその強行性の根拠を那邊に求めるかは明確な基準を見いだすに至っていないと

言えよう。

結 語

ヴェングラーの強行的法規の特別連結論は、実際の判例を分析し、伝統的理論における準拠法所属国の強行的法規や、法廷地の公序条項のほか、第三国の強行的法規の適用を定めている。それは諸国の判決の国際的調和、各国における判決の一致を理想とする思想から導き出されている。その意味においては、現実に対応する理論として評価できる。

外国法の考慮は、実際には、法廷地法の基準に従い決定されているとしても、契約関係と当該外国との密接な関係性や、外国法の内容、目的は、契約の効力を判断する上で、必要な要素と考えられている。それ故に、第三国の強行的法規の適用不適用の結果を斟酌する点は評価できる。なぜならば第三国の強行的法規の適用によって、当事者間の信義、衡平に反する結果を考慮されると考えられるからである。

しかし、ヴェングラーの理論の具体的な適用基準の曖昧さ、債務準拠法を選択、指定できるとする、当事者自治の原則の位置づけの不明確性、強行的法規（強行的債務法）と、涉外的事案と関連を持つ複数の私法秩序との関係や、場所的適用範囲の追求が完全でない点など問題点もある。その点に関し

ては、ヴェングラー以降のツヴァイゲルト、ノイマイエル、ロレンツなどにより、より一層明確に強行的法規の特別連結論が展開されている。本稿は、ヴェングラーの公序論を中心に問題を検討したため、ヴェングラー以降のツヴァイゲルト、ノイマイエル、ロレンツなど、その後の強行的法規の特別連結論の展開に触れる余裕がなかった。この強行的法規の特別連結理論は、国際条約や各国の国際私法、例えば一九四四年の国際通貨基金協定第八条第二項（b）、ベネルクス条約第一三条、一五条、一七条、一九条、一九八〇年のヨーロッパ共同体の契約債務準拠法条約の第七条などに採用されているが、流動的な側面もあり、今後の課題として研究を行うこととした。

注

- (1) WENGLER: 1941, S.171ff.
- (2) ・横山潤『国際契約と官庁の許可』昭和五八年現代契約法大系第八巻 一四五—一四六頁（以下、『官庁の許可』と称す）。
・横山潤『外国公法の適用と考慮』『いわゆる特別連結論の検討を中心として』『国際法外交雑誌』八二巻六号四九頁（以下、『考慮』と称す）。
- (3) WENGLER: 1941, S.168-171
WENGLER: Sonderanknüpfung, positiver und negativer order

- public, Juristenzeitung 1979, p.176 (以下、JZ.1979と称す。)
- Internationales Privatrecht in Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) RGK. Bd. VI, Teil 1.12. Neubearb. 1981, S.384-385 (以下、BGB-RGK 1981と称す。)
- (4) 山田録一『国際私法』一九九二年 二八三頁—二九二頁
折茂豊『国際私法(各論)』(新版)昭和四十七年一四四頁—一五一頁
- (5) WENGLER: 1961, p.442 note 19 例えば友好関係のなことを第三国の強行的法規の発動の理由とするか (MAYER: Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, Rev.1979, p.373. RGK 1981, S.997-999) あるいは友好関係の存在を外国の強行的法規の適用条件とするか (WENGLER: JZ.1978, p.65-66 BGB-RGK 1981, S.997-998) は意見の別れるところである (横山『官庁の許可』一五七頁 註(三九))。
- (6) WENGLER: 1941, S.171
- (7) WENGLER: 1941, S.198-202
- (8) WENGLER: 1941, S.196-197
- (9) WENGLER: 1941, S.192
- (10) WENGLER: 1941, S.190-192
折茂『当事者』二〇〇頁—二〇二頁 註(四) 註(五)
佐藤『構造』四九頁
- (11) 跡部定次郎『国際私法論』上巻大正二二年 五〇〇頁—五〇一頁 田中耕太郎『世界法の理論』二巻 昭和八年 一八七頁—二〇三頁、折茂『当事者』一九八頁、折茂『国際私法の統一性』昭和三十年 一一二頁
- (12) 岡本善八『国際契約における不法性』同志社法学 六巻三号 一九五四年 一〇二頁
- (13) 折茂『当事者』一九八頁
佐藤『構造』五一頁『ウェングラーは法をその強制秩序体系のなかで捉えようとしている。そして、この強制を命ずる規範に全ての法を付けることでその有機的関連性を維持しようとしていることを意味する。ウェングラーの国際法説は、各国の平等で独立した主権を前提としつつ、国際的統一体の中の一機構として捉えられ相対化されたものであり、国際司法共助の考え方が、大幅に拡大された国際法説となる。』
- (14) 折茂『当事者』一九九頁
- (15) BATTIFOL: Les conflits de lois en matière de contrats 1938, p.35 et suiv.
- (16) Chesire: International contracts 1981, p.23 et seq. p.27-28
折茂『当事者』一九六頁—一九八頁 佐藤『構造』四九頁—五〇頁
- (17) WENGLER: 1941 S.172-173
- (18) 出口耕自『国際私法上における消費者契約』(二) 昭和六二年 第九十二巻 第五号 六〇一頁—六〇二頁
- (19) WENGLER: 1961, p.442 note 19
- (20) 折茂『当事者』一九八頁
- (21) WENGLER: 1941, S.189-190
- (22) WENGLER: 1941, S.211
- (23) NEUMANN: Devisenrecht und internationales Privatrecht 1938, p.136
• Melchior: Die Grundlagen des deutschen internationalen

- (24) Privatrecht 1932, p. 267 Nussbaum : Deutsches internationales Privatrecht, 1932, S. 246-247
- ・横山『考證』 一〇四頁
- (25) WENGLER : 1961, p. 440 JZ. 1978, S. 64-65
- WENGLER : JZ. 1979, S. 65-66
- 井之上宜信『国際私法における特別連結理論について』一九九〇年高岡法学 二六七頁—二六九頁
- (26) 外国公法不適用の原則とするもの NEUMAYER 及 SCHULTE 公法の属地性の原則とするもの VOGLER 及 KEDEL がある。
- ・井之上・前掲 二六七頁、二七〇頁 註(一)・横山『考證』 七一頁
- (27) 岡本善八『EO統一法の動向』現代契約法大系第八卷一〇七頁—一一頁
- (28) WENGLER : 1941, S. 178
- (29) WENGLER : 1941, S. 211
- (30) NEUMANN : Devisenrecht und internationales Privatrecht, 1938, S. 150
- (31) KEDEL - RUPP - ZWINGERT : Die Einwirkung des Kriegs auf Verträge 1941, S. 64, WENGLER : BGB-RCRK 1981, S. 272, S. 276, S. 584
- (32) WENGLER : 1961, p. 440 JZ. 1978, S. 64-65
- ・MANN : Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht, Festschrift Beitzke : 1979, S. 608-609 TREVES : Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato, 1967, p. 302
- ・佐藤『構造』 四六頁—四七頁
- (33) (34) (35) Dicey & Morris Rule 177 : The conflict of laws, 12th ed. 1993, p. 1239-1248, BATIFFOL et LAGARROU : dr. int.-pr. 1976, p. 278, 'Traité de dr. int. pr. 8e ed. p. 567-601 MANN : 'Neue Juristische Wochenschrift', 1972, S. 2179
- ・横山『官庁の許可』一四八頁、一五〇頁 註(一七)
- 註(一八)
- ・佐藤『構造』 六九頁—七二頁
- (36) BATIFFOL : Rev. crit. 1937, p. 688 横山・前掲一五〇頁
- 註(一九)
- ・横山・前掲一四八頁
- ・考慮については、佐藤『構造』 六二頁—六四頁参照
- (37) WENGLER : 1941, S. 203-205
- (38) 横山『考證』 六九〇頁
- (39) WENGLER : 1941, S. 206-207, S. 211
- (40) 佐藤『構造』 四七頁—五三頁、五六頁—六四頁
- この論文によると「ヴェングラーは、法規はすべて固有の適用範囲を有すると考え、他国の法に対して、法廷地国が付与する適用範囲を「付加的適用範囲と呼び、外国法制定国の定める適用範囲と一致させるような国際私法理論を構築するのが、ヴェングラーの国際私法立法の原則である」「また、外国の政治的法律あるいは外国公法不適用の原則との関係については個別具体的な事象の総体的な判断によるもので、相対的で変化しうる一般事項にすぎない」としている。
- (41) WENGLER : 1941, S. 209
- (42) GAMILLISCH : Internationales Arbeitsrecht 1959, S. 192 ff.
- (43) 桑田三郎『国際私法の諸相』昭和六二年 四二〇頁

- ・ Rev.1978, p.701-709
- (44) 折茂豊『国際私法(各論)』(新版)昭和四七年一二六頁
- (45) ・桑田・前掲四二〇頁
・佐藤『構造』四八頁 この論文によると、「ヴェングラ―は、契約準拠法とは、契約の方式や能力あるいは瑕疵のない意思といった契約の有効な成立のための前提条件については、更には、履行についてすら、別個の連結が認められ、それら以外の残りの問題すべてを規律するのが契約準拠法であり、決して契約関係全体を支配する法とはいえない。従って、当然に契約準拠法に属する強行規定のみ適用すべきにはならない。元々、法の分断の可能性が認められている」と述べている。
- (46) ・ WENGLER:1961, p. 442 note 19 BGH.21.12.1960 BGHZ.34.169.177
・ Rev.1983, p.473-479
- (47) ・ Koppert: Die Deutsche Devisengesetzgebung im internationalen Privatrecht 1938
・ 横山・前掲一五二頁 一五三頁 註(二四)
・ 横山・前掲一五二頁 一五五頁 一五六頁 一五七頁 註(四二)
- (48) WENGLER: 1941 S.202-205 TREVES: op. cit. p.156-158
- (49) TREVES: loc.cit. p.158-163 p.186-188
- (50) WENGLER: loc.cit. BGB-RGRK S.276
- (51) 横山『官庁の許可』一五三頁
- (52) WENGLER: 1941 S.181
- (53) 西賢『金銭債権』国際私法講座三卷七〇一頁—七〇二頁
- (54) WENGLER: 1941 O.S.181 ff.
- (55) 佐藤『構造』五〇頁—五二頁
- (56) 折茂『当事者』一九四頁
- (57) WENGLER: 1941, S.189-190
- (58) 例えば外国法上違法とされる行為(密輸)を内容として締結される契約や、禁止法規に違反するため外国法上無効とされる契約などである。
- ・ Schulte: Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht, 1975, p.43
- ・ WENGLER: „Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Fluchthelferverträgen“, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1981, p.222
- ・ 第三國の強行的法規の適用範囲外にある行為でも、契約準拠法や法廷地法上、公序良俗違反となる可能性を現在では WENGLER も肯定している。
- ・ 横山『考慮』六三頁 六七頁 註(一)(二)
- (59) 横山『考慮』六三頁
- (60) Römer: Gesetzesumgebung im deutschen internationalen Privatrecht, 1955, S. 165 Raape: Internationales Privatrecht, 4 Aufl. Bd.1, 1955, S.430 Anm.15
- (61) GAVILLISCHKE: aa.O., S.197